

5 | Aansprakelijkheid notaris voor schade uit ABC-transactie

Van: A. Broekers-Knol
Aan: C.G. Breedveld-de Voogd
Vorm: Casus

OPDRACHT¹

Jan de Zwarte en Peter Koeleman beëindigen beide hun dienstverband als directeur bij woningcorporatie De Troffel. Zij besluiten gezamenlijk een vastgoed bedrijf te beginnen in Zuid-Frankrijk. Zij willen zich vooral richten op Nederlandse cliënten die in Zuid-Frankrijk een comfortabel tweede huis willen aanschaffen. Uit commerciële overwegingen kopen De Zwarte en Koeleman alvast een in uitstekende staat verkerende tweedehands Riva. De luxe uitstraling van deze Italiaanse motorboot past uitstekend bij het bedrijfsprofiel dat zij met hun Zuid-Franse vastgoedbedrijf voor ogen hebben.

De raad van commissarissen van woningcorporatie De Troffel is zeer ontstemd over een onroerendgoedtransactie die namens deze corporatie is verricht door de voormalige directie, die bestond uit de heren De Zwarte en Koeleman. De Troffel heeft op 15 september 2008 82 hectare landbouwgrond gekocht voor een bedrag van € 24 miljoen (hierna: transactie B-C). Thans blijkt dat de koopprijs veel te hoog is geweest, omdat deze grond – anders dan destijds de verwachting was – niet de bestemming wonen heeft gekregen maar de bestemming natuurgebied. Hierdoor moet de waarde van de grond met driekwart worden afgewaardeerd. Dit is echter niet het enige probleem. Nader onderzoek leert dat De Zwarte en Koeleman de grond destijds niet rechtstreeks van de verkopende boer Bartjens hebben gekocht, maar van onroerendgoedhandelaar De Vos. Boer Bartjens heeft op 1 september 2008 de grond voor € 18 miljoen verkocht aan De Vos (hierna: transactie A-B). De akte van levering met betrekking tot de overdracht van de grond door Bartjens aan De Vos werd op 1 oktober 2008 gepasseerd voor notaris Van Zeventem. Daarna werd op dezelfde dag en voor dezelfde notaris de akte van levering gepasseerd op grond waarvan De Troffel de grond verkreeg. Zowel de Zwarte als Koeleman waren hierbij persoonlijk aanwezig. Vast staat dat notaris Van Zeventem over de waardeestijging van de grond geen opmerkingen heeft gemaakt en hierover

¹ Fictieve casus naar aanleiding van ‘De Key maakt handelaren spekkoper’ door Gerben van der Marel, Het Financieel Dagblad, 19 april 2010.

ook geen vragen heeft gesteld aan De Zwarte en Koeleman. Beide akten zijn op 2 oktober 2008 in de openbare registers ingeschreven.

De commissarissen van De Troffel zijn van mening dat gemeenschapsgeld is verkwist nu Koeleman en De Zwarte grond hebben gekocht van een handelaar in plaats van – zoals te doen gebruikelijk – direct van de aanbiedende boer. Men houdt rekening met de mogelijkheid dat Koeleman en De Zwarte deze voor De Vos lucratieve deal hebben gesloten, omdat er voor hen misschien enig persoonlijk voordeel uit zou kunnen vloeien. De Zwarte en Koeleman zijn namelijk jarenlang de ondergeschikten geweest van De Vos bij projectontwikkelingsbedrijf Realisato BV. De commissarissen hebben daarom hun ex-directeuren geen finale kwijting verleend bij de beëindiging van hun dienstverband.

De verdenkingen met betrekking tot De Zwarte en Koeleman kunnen vooralsnog niet worden hard gemaakt. Deze heren houden onder ede vol dat zij alleen maar zaken hebben gedaan met de Vos en van transactie A-B niet op de hoogte waren. De raad van commissarissen besluit daarom de pijlen te richten op notaris Van Zeventem teneinde (een gedeelte) van de door De Troffel geleden schade vergoed te krijgen. Deze schade wordt begroot op het verschil tussen de koopprijzen in de transacties A-B en B-C, te weten € 6 miljoen.

De raad van commissarissen wendt zich tot u met het verzoek een juridisch advies te schrijven over de vraag of notaris Van Zeventem met succes aansprakelijk kan worden gesteld voor bovenvermelde schade.

UITWERKING

1 AANSPRAKELIJKHEID NOTARIS

U heeft mij advies gevraagd over de vraag of notaris Van Zeventem aansprakelijk is te houden voor de door woningcorporatie 'De Troffel' geleden schade. Tot mijn spijt luidt mijn conclusie dat de kans dat de rechter de notaris tot schadevergoeding zal veroordelen niet groot is. Deze conclusie is gebaseerd op het volgende.

2 SCHENDING VAN DE ZWAARWEGENDE ZORGPLICHT IN HET KADER VAN DE RECHTSZEKERHEID

Het handelen van een notaris wordt getoetst aan hetgeen verwacht mag worden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot.¹ In dit opzicht wijkt de aansprakelijkheid van deze beroepsbeoefenaar niet af van die van anderen, zoals van artsen en advocaten.²

Bij de invulling van deze open norm moet een onderscheid worden gemaakt tussen de klassieke taak die de notaris heeft bij het verschaffen van rechtszekerheid enerzijds en de functie die hij heeft bij het verschaffen van rechtsbescherming anderzijds. Bij het verschaffen van rechtszekerheid staat de verantwoordelijkheid centraal, die de notaris heeft voor de geldigheid van de rechtshandeling die bij de notariële akte wordt verricht. In het standaard-arrest *Credit Lyonnais* wordt deze taak als volgt omschreven: op de notaris rust een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de notariële akte opgenomen rechtshandelingen.³ Deze rechtszekerheid verschaffende functie houdt niet alleen in dat de notaris nagaat of alle formaliteiten zijn nageleefd, maar ook of aan de rechtshandeling geen materieel gebrek kleeft. De beoogde rechtsgevolgen treden immers niet in, indien de rechtshandeling nietig is of vernietigd wordt.

De verwijten die men notaris Van Zeventem zou kunnen maken, betreffen niet enig falen met betrekking tot de geldigheid van de rechtshandeling, waarbij De Troffel betrokken is. De levering B-C is niet nietig. De eigendoms-overdracht aan de woningcorporatie is geschied zonder dat aan de volledige beschikkingsbevoegdheid van De Vos iets schortte. Kortom, de door partijen beoogde rechtshandeling heeft op geldige wijze plaatsgehad.

1 D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002, p. 31.

2 HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*); HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 325 (ZLG/X); en HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 8 (*Bospercelen*).

3 HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 (*Credit Lyonnais*), zie ook HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 287 (*Caravanpark*).

3 SCHENDING VAN DE ZORGPLICHT IN HET KADER VAN DE RECHTSBESCHERMENDE FUNCTIE

Mogelijk is echter nog dat de notaris gefaald heeft in de uitoefening van zijn rechtsbeschermende functie. Deze functie is in de rechtspraak van de Hoge Raad voor het eerst tot uitdrukking gebracht in het Groninger notarisarrest.⁴ In deze uitspraak wordt overwogen dat de notaris moet voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht en dat hij moet wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's. Uit deze rechtsbeschermende taak vloeit een bijzondere waarschuwingsplicht voort, die – zo wordt in de literatuur aangenomen – goed moet worden onderscheiden van de algemene informatieplicht, die reeds op de notaris rust op grond van zijn rechtszekerheid verschaffende functie.⁵

Deze bijzondere waarschuwingsplicht heeft nader vorm gekregen in twee arresten, die – evenals het voorliggende geval over corporatie De Troffel – gaan over zogenaamde ABC-transacties, te weten het het Dicky Trading-arrest en het Bospercelen-arrest.⁶ In beide gevallen gaat het om ABC-transacties in de ruime zin van het woord. Strikt genomen wordt onder een ABC-transactie verstaan een verkoop van een zaak door eigenaar A aan B, welke laatste (een gedeelte van) dezelfde zaak doorverkoopt aan C, waarna A (het doorverkochte gedeelte van) de zaak rechtstreeks levert aan C.⁷ In het juridische spraakgebruik wordt hier echter vaak ook de elkaar in relatief korte tijd opvolgende transacties met betrekking tot hetzelfde object verstaan: de AB-, BC-transacties.⁸

In het Dicky Trading-arrest lijdt de verkoper in de transactie A-B, een zekere boer Franken, schade door de gekozen ABC-constructie bij de verkoop van zijn boerderij. Franken krijgt van tussenpersoon B (Dicky Trading) uiteindelijk niet de gehele koopprijs, die koper C voor de boerderij heeft betaald. De Hoge Raad is van oordeel dat 'een comparant als Franken' moet worden beschermd tegen risico's als zich in dit geval hebben verwezenlijkt. Dit brengt voor de notaris de verplichting mee om naar het prijsverschil tussen de verkoop A-B en B-C te informeren en te wijzen op het risico van de oninbaarheid van de vordering op een schuldenaar als Dicky Trading.

4 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groninger notaris).

5 D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002, p. 85-86; P.C. van Es, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', in: *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris* (Preadvies KNB 2007), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 13-21.

6 HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (Dicky Trading I) en HR 14 december 2007, NJ 2008, 8 (Bospercelen).

7 S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 21.

8 Vertrouwensnotarissen van de KNB, *Checklist voor ABC-transacties*, Notariaat Magazine nummer 08, augustus 2007, noot 1.

In het Bospercelen-arrest is koper C (i.c. Ooms) het slachtoffer van een ABC-transactie.⁹ Ooms is een particulier, die speculeert door de aan- en verkoop van bospercelen. Nu heeft een zekere Van Odenhoven een aantal percelen bosgrond te Budel met de kadastrale aanduiding sectie G, nummer 1016/2, 5, 7 verkocht aan een zekere Aartsen. Aartsen heeft op zijn beurt HBS opdracht gegeven te bemiddelen bij de wederverkoop van deze percelen. Daarbij is overeengekomen dat H.B.S. mocht behouden al hetgeen zij voor deze percelen zou kunnen bedingen boven een bedrag van f 700.000. HBS weet een koper te vinden. Ooms koopt de percelen voor een bedrag van f 1.608.750. Opvallend is echter dat in de onderhandse koopakte niet Aartsen, maar Van Tiggelen als verkoper wordt genoemd. Van Tiggelen is door HBS als stroman tussen geschoven om te verbergen dat de koopsom ongeveer f 900.000 hoger is dan het door Aartsen aan HBS genoemde bedrag van f 700.000. Ook met de omschrijving van de zaak is wat bijzonders aan de hand. Er wordt door Van Tichelen een perceel meer verkocht aan Ooms, dan de drie percelen die Van Aartsen verkoopt aan Van Tiggelen. Dit is als volgt in zijn werk gegaan. Nadat Ooms de door hem ondertekende koopakte met de vier percelen heeft geretourneerd aan HBS, heeft een medewerker van H.B.S. het voorblad daarvan vervangen door een ander voorblad dat slechts de drie percelen vermeldt. Deze gewijzigde koopakte (drie percelen) is naar Van Tiggelen gestuurd en namens hem ondertekend. De notaris heeft op basis van de door Van Tiggelen ondertekende koopakte (drie percelen) de concept leveringsakte opgesteld. Dit concept is vervolgens naar Ooms gezonden. In de procedure is niet komen vast te staan dat de notaris van deze malversaties op de hoogte is geweest. Enige dagen later worden ten kantore van notaris X de leveringsakten verleden met betrekking tot – eerst – de verkoop van Aartsen aan Van Tiggelen en – daarna – de verkoop van Van Tiggelen aan Ooms. Ooms lijdt schade doordat hij een prijs heeft betaald voor een perceel (nr. 1016/1) dat hij dacht te hebben gekocht, maar niet geleverd heeft gekregen. Ooms richt zijn pijlen op notaris X.¹⁰ Zijn vordering tot schadevergoeding is gebaseerd op het verwijt dat notaris X. zijn ministerie had behoren te weigeren¹¹ ten einde Ooms te beschermen tegen de malafide praktijken van H.B.S.

In de overwegingen van de Hoge Raad wordt de balans gezocht tussen enerzijds de eigen verantwoordelijkheid van een cliënt die met transacties die in het algemeen gesproken risicovol zijn winsten beoogt te behalen en anderzijds de verantwoordelijkheid van de notaris die van feiten op de hoogte is, die deze cliënt waarschijnlijk niet kent. De Hoge Raad overweegt over de algemene risico's die deze cliënt loopt als volgt (r.o. 3.6.3 eerste gedeelte):

9 HR 14 december 2007, NJ 2008, 8 (Bospercelen).

10 Hij betreft ook verkoper Van Tiggelen in de procedure. Dit laat ik in dit advies buiten beschouwing.

11 De Hoge Raad beantwoordt echter eerst de aan een eventuele plicht tot weigering voorafgaande vraag of gewaarschuwd had moeten worden.

‘De onderdelen falen voorzover zij berusten op de opvatting dat op een notaris een verplichting rust nader te informeren naar de beweegredenen voor een transactie, wanneer hij op grond van eerdere contacten met een partij ervan mag uitgaan dat deze de te verrichten transactie, evenals voorgaande transacties, wenst aan te gaan uit speculatieve overwegingen, zoals in het onderhavige geval de verwachting dat de te verwerven bospercelen op termijn een lucratievere bestemming zullen krijgen. De omstandigheden dat de speculatieve transactie wordt verricht door een particulier en dat bij eerdere gelegenheden transacties werden aangegaan van een geringere omvang, brengen op zichzelf en in het algemeen niet mee dat een notaris uit hoofde van zijn zorgplicht zich ervan moet vergewissen dat de betrokken partij ook ten aanzien van de beoogde (omvangrijker) transactie bekend is met de risico’s van speculatieve transacties.’

Uit het vervolg van de overwegingen in het bospercelen arrest blijkt echter dat op de notaris in dit geval toch een informatie- en waarschuwingplicht rust, omdat hem bekend is dat zich binnen korte tijd een grote prijsstijging heeft voorgedaan, terwijl de verklaring hiervoor slechts van een der partijen (i.c. HBS) afkomstig was:

‘Niettemin kunnen deze omstandigheden in samenhang met hetgeen *de notaris overigens bekend is* (i.c. de prijsstijging; CGBdV) omtrent de aard van de beoogde transactie en de ernst van de daarmee samenhangende risico’s alsmede omtrent de hoedanigheid van de betrokken partij, meebrengen dat de notaris niet ermee volstaat bij de wederpartij (i.c. Van Tiggelen en HBS: CGBdV) te informeren naar de beweegredenen voor die transactie maar ook bij de betrokken partij zelf (i.c. Ooms: CGBdV) daarnaar informeert en zo nodig wijst op de aan de transactie verbonden risico’s.’

De voorliggende casus heeft enige gelijkenis met het Bospercelen-arrest. De vraag is of op goede gronden kan worden volgehouden dat op notaris Van Zeventem de plicht rustte bij De Zwarte en Koeleman te informeren naar de oorzaak van het prijsverschil en hen te wijzen op de aan de transactie verbonden risico’s.

4 HEEFT NOTARIS VAN ZEVENTEM ZIJN ZORPLICHT GESCHONDEN?

Uit de arresten Dicky Trading en Bospercelen blijkt dat op de notaris in het geval van een groot prijsverschil tussen de transacties A-B en B-C een informatie- en waarschuwingplicht rust. Echter in deze gevallen ging het steeds om een particuliere cliënt. Deze omstandigheid speelt in beide arresten een rol bij de vraag of dergelijke zorgverplichtingen moeten worden aangenomen. Woningcorporatie ‘De Troffel’ is daarentegen een professioneel handelende partij in de vastgoedmarkt. Hierbij komt dat de vertegenwoordigers van de woningcorporatie bij de verkrijging van de grond, De Zwarte en Koeleman, over ruime onroerendgoederervaring beschikken, die zij eerder bij Realisata BV

hebben opgedaan. Bovendien waren zij goede bekenden van De Vos, zodat niets hen in de weg lijkt te hebben gestaan bij hem inlichtingen in te winnen omtrent de opbouw van de door hem bedongen koopprijs. Hoewel de professionele status van De Troffel het aannemen van een zorgplicht op grond van de rechtsbeschermende functie bemoeilijkt, is dat niet geheel onmogelijk. De notaris zal immers wel een zorgplicht hebben indien hij gezien het prijsverschil en de gekozen constructie reden heeft om aan te nemen dat er mogelijk malversaties aan de orde zijn, zoals bijvoorbeeld het geval is in het Bospercelenarrest, waarin één perceel minder is geleverd dan is verkocht (dit was de notaris in dat geval overigens niet bekend). Uit de tot op heden bekende feiten blijkt dat de notaris niet meer heeft geweten dan dat de koopprijs in de transactie B-C € 6 miljoen hoger is dan in de transactie A-B. Dit feit alleen lijkt onvoldoende om een informatieplicht c.q. waarschuwingplicht aan te moeten nemen.

5 ONTBREKEN CAUSAAL VERBAND

Wanneer we er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat de notaris vanwege het enkele prijsverschil toch een waarschuwingplicht heeft jegens een professioneel handelende partij, dan is de kans groot dat de vordering afstuit op het ontbreken van causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade (art. 6:74 en 6:162 BW).

De vraag kan immers worden opgeworpen welke zin een waarschuwing van de notaris zou hebben gehad, nu de koopovereenkomst B-C al rechtsgeldig tot stand is gekomen voordat notaris Van Zeventem bij de transactie is betrokken. Zolang deze overeenkomst geldig is, rest De Troffel geen andere mogelijkheid dan de overeenkomst nakomen en aan de levering meewerken. Een waarschuwing van de notaris heeft in die situatie alleen nog zin, indien het een partij in staat stelt de overeenkomst wegens een wilsgebrek te vernietigen.¹² Alleen in dat geval behoeven partijen de overeenkomst niet na te komen.¹³ Nu de feiten er niet op duiden dat er van de kant van De Vos sprake is van bedrog of misbruik van omstandigheden resteert alleen de mogelijkheid dat De Troffel een beroep doet op dwaling (art. 6:228 BW). Gesteld zou kunnen worden dat De Troffel de overeenkomst niet voor deze koopprijs zou zijn aangegaan, indien zij had geweten dat De Vos de grond voor een aanmerkelijk lager bedrag had ingekocht. Algemeen wordt echter aangenomen dat dwaling die uitsluitend de waarde van het object van de overeenkomst betreft,

12 Of op grond van de bedenktijd of wegens wanprestatie te ontbinden. Dit is in dit geval echter niet aan de orde.

13 Zie hierover C.G. Breedveld-de Voogd, 'Notariële zorgverplichtingen bij onroerendgoedtransacties', in: *De goede notaris. Over notariële deontologie* (Preadvies KNB 2010), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 93.

in het algemeen niet tot vernietiging zal kunnen leiden.¹⁴ Een uitzondering op deze hoofdregel is het geval dat op de verkoper ter zake van de waarde een spreekplicht rust.¹⁵ Dit lijkt in de relatie tussen professionele onroerend-goedhandelaren niet te kunnen worden aangenomen. Wanneer notaris Zeventem gewaarschuwd zou hebben voor het prijsverschil zou de koper met deze informatie in deze fase van het verwervingsproces van de grond geen actie meer hebben kunnen nemen op grond waarvan hij niet (meer) aan de overeenkomst zou zijn gebonden. Het causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade ontbreekt derhalve, zodat Van Zeventem niet aansprakelijk kan worden gehouden.

Overigens zou Van Zeventem op grond van de stelling dat De Troffel op basis van de door hem mogelijkwerwijs verschaft informatie de overeenkomst niet meer ongedaan had kunnen maken, bovendien kunnen volhouden dat ter zake in het geheel geen waarschuwingsplicht op hem rustte.

6 CONCLUSIE

Op grond van de huidige jurisprudentie over de aansprakelijkheid van de notaris voor de schending van zijn zorgplicht kan niet worden aangenomen dat notaris Van Zeventem niet heeft gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot. Voor zover al enige waarschuwingsplicht zou moeten worden aangenomen stuit aansprakelijkheid af op het ontbreken van causaal verband tussen het niet informeren door de notaris en de door De Troffel geleden schade.

(Aantal woorden: 2159)

¹⁴ Asser/Hijma, nr. 247.

¹⁵ Verbintenissenrecht (losbl.), art. 228, aant. 184 (Jac. Hijma).

C O M M E N T A A R

Beste Clementine,

Je hebt de opdracht uitstekend uitgewerkt. De opzet van je antwoord is heel helder en goed gestructureerd. Het is je goed gelukt om de complexe problematiek van de notaris in een dergelijke A-B-C constructie, met alle relevante literatuur en jurisprudentie, uiteen te zetten. Complimenten!

Jouw uitwerking voldoet volledig aan hetgeen de *founding fathers* van het Practicum BW in 1970 met het vak voor ogen hebben gehad. Ik herinner me nog goed dat ik als student behoorde tot de eerste lichting die Practicum BW volgde. Het was een voor studenten boeiende, zeer nuttige en inspirerende aanvulling op het toenmalige studieprogramma.

